DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 147/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/16052/2022
PROTOCOLO	: 2207971
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE IVINHEMA
JURISDICIONADO (A)	: JULIANO FERRO BARROS DONATO (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Eletrônico n. 49/2022, tipo menor preço por lote. O edital, lançado pela Administração Municipal de Ivinhema, tem como objeto o registro de preços para eventual fornecimento de recarga de oxigênio medicinal e fornecimento de cilindros em regime de comodato (peça 9, fl. 57).

Ao examinar o edital (Análise ANA - DFS - 7727/2022, peça 12, fls. 111-118), a Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS) apontou as seguintes impropriedades:

1. ausência de adequadas técnicas estimativas do quantitativo licitado;

2. pesquisa de preço insuficiente.

Ao concluir a análise, os auditores propuseram a aplicação de medida cautelar com vistas à suspensão da licitação, por entenderem que as impropriedades representam "potencial risco de prejuízo ao erário que pode advir de contratação realizada com base em licitação instaurada a partir de levantamento com grande variação de preços e com ausência das adequadas técnicas estimativas do quantitativo licitado" (peça 12, fl. 116).

É o relatório.

DECISÃO

No que refere aos aspectos doutrinários e à aplicação em concreto de regras processuais, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória com vistas a afastar a iminência de um possível dano a um direito. Sua aplicação pelos Conselheiros deste Tribunal, inclusive de ofício, está positivada pelas regras dos arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 149 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018) – competência reconhecida também no âmbito judicial, no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA MS 26547 DF, em 23 de maio de 2007 (Publicação no DJ 29/05/2007 PP-00033, Processo n. 00853820060, Relator Ministro Celso de Melo).

Dito isso, na análise do controle prévio de editais de licitação, com base nas regras do art. 113, § 2º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e dos arts. 150 a 157 do Regimento Interno, sempre submeto o exame de contratação pública, em sede de juízo liminar, ao crivo do atendimento de quatro requisitos fundamentais, a saber:

i) a **exigência de licitação** apropriada para cada caso, salvo as exceções infraconstitucionais específicas sobre dispensa e inexigibilidade, compreendendo em qualquer caso os atos e procedimentos típicos e os instrumentos formais compulsórios;

ii) a obrigatória busca da obtenção da **proposta mais vantajosa**, visando ao cumprimento do princípio constitucional da economicidade (CF, art. 70, *caput*);

iii) a efetiva aplicação do **princípio da isonomia**, que propicia a competitividade e, no lado oposto, veda a **imposição de exigências que o restrinjam** (CF, art. 37, XXI);

iv) a **razoabilidade concretamente motivada nas razões de decidir sobre as pendências surgidas e a utilidade da decisão** (segundo o regramento atual da LINDB);

Ademais, na análise dos requisitos citados, é necessário que a lesão ao direito seja evidente – não dependendo de dilação de prova ou de debate teórico sobre a existência (ou interpretação) do direito lesado, pois, se assim o for, a lesão ao direito não é evidente.

Importante ainda frisar que as manifestações expostas nesta decisão não impedem que este Tribunal examine posteriormente o referido procedimento licitatório (e os atos dele decorrentes), tampouco constituem hipótese de sua legalidade, conforme mensurado nos termos do art. 156 da Resolução TCE/MS n.º 98/2018, *in verbis*:

> *Art. 156. A ausência de manifestação do Tribunal sobre o edital de licitação não impede o exame posterior do respectivo procedimento licitatório, nem constitui pressuposto de sua legalidade ou conformidade com a lei.*

Feitas essas considerações, passo à discussão dos achados constantes da Análise ANA - DFS - 7727/2022 (peça 12, fls. 111-118).

1. AUSÊNCIA DE ADEQUADAS TÉCNICAS ESTIMATIVAS DO QUANTITATIVO LICITADO

Segundo a divisão (peça 12, fl. 113), as quantidades licitadas no Pregão nº 49/2022 foram superestimadas e não têm suporte no histórico de consumo do município - ao contrário do que é afirmado no Estudo Técnico Preliminar às fls. 2-12 (peça 1).

Os auditores apuraram que (peça 12, fls. 112-13):

> (...) as despesas com a utilização da Ata de Registro de Preços nº

> 1/2021, para o fornecimento de oxigênio medicinal no município, atingiram R$ 346.591,50 no exercício de 2021 (figura 1 do apêndice). O valor total inicialmente registrado foi de R$ 606.900,00.
>
> Portanto, o valor efetivamente consumido durante o **exercício de 2021** corresponde a **57%** somente do valor total registrado.
>
> Ao término da vigência da ARP nº 1/2021, foi celebrado o Contrato nº 9/2022, visando a utilização do saldo remanescente do registro de preços, incluindo o quantitativo de **11.485 m³** de oxigênio gasoso medicinal.
>
> Essa quantidade representa **38% do total registrado**, confirmando, de fato, que o consumo efetivo da ARP durante os primeiros doze meses foi significativamente inferior à quantidade registrada.
>
> Esses dados põem em xeque a informação do ETP de que as quantidades a serem licitadas foram fixadas com base no consumo anterior.

Em razão do exposto, a divisão entende necessária a suspensão do certame pela ofensa ao art. 15, § 7º, II, da Lei nº 8.666/1993, que determina que as quantidades devem ser estimadas com base no consumo e utilização prováveis, mediante técnicas adequadas (peça 12, fl. 113).

A meu ver, não assiste razão à divisão. Tenho defendido reiteradamente que o Sistema de Registro de Preços (SRP), compreendendo a fase licitatória e o subsequente registro de preços em ata, é especialmente destinado a oferecer para a Administração a facilidade e agilidade para posteriores aquisições fracionadas de bens e serviços comuns, conforme a demanda, sem a necessidade de formação de estoques ou de aquisição de tais bens em quantidade maior do que a estritamente consumível ou utilizável em determinado período.

Como reforço de argumento, vale citar as regras do Decreto (federal) n. 7.892, de 2013, que regulamentou o SRP na Administração federal. Embora esse decreto não seja aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios, as disposições nele presentes são úteis como orientação, inclusive no que se refere aos casos ou situações em que poderá ser adotado o SRP:

> Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:
>
> I - quando, pelas características do bem ou serviço, **houver necessidade de contratações frequentes**;
>
> II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;
>
> III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
>
> IV - **quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.**

Nesse sentido, o Ministro Benjamin Zymler, do TCU, ao proferir o voto que

ensejou o Acórdão n. 2197/2015-Plenário, TC 028.924/2014-2, firmou os seguintes argumentos:

> "10. (...) a utilização do Sistema de Registro de Preços **é adequada** em situações como a que se encontra sob comento, ou seja, **quando a demanda é incerta**, seja em relação a sua ocorrência, **seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada. Afinal, não faria sentido realizar uma estimativa prévia e, com base nela, efetivar um processo licitatório, no qual tenham sido definidas quantidades exatas a serem adquiridas, sem saber nem se essas aquisições serão efetivamente necessárias. Num cenário bastante plausível, poderia haver a compra de bens que não seriam necessários.".** (negritos adicionados)

Assim, mesmo havendo a necessidade de certa programação, o SRP pode ser utilizado diante da dificuldade ou inviabilidade de se determinar com precisão a demanda do órgão licitante e, consequentemente, os quantitativos que serão adquiridos após a licitação. Essa imprecisão é uma das principais características do SRP e é considerada pelos competidores na formação de suas propostas e lances. Impor rigor acentuado ou extremo na quantificação da demanda ocasiona, em última análise, a negação ou o abandono do SRP, impedindo o alcance do melhor resultado administrativo, operacional e econômico pela Administração pública.

No caso examinado, parece que a estimativa de quantitativos não foi realizada de forma adequada. No entanto, isso deve ser verificado após a intimação ao jurisdicionado, com a devida razoabilidade, no controle posterior. Para efeito de juízo cautelar, não vejo, pelo menos nesta ocasião e neste aspecto, qualquer interferência na competitividade ou vantajosidade do certame.

2. PESQUISA DE PREÇO INSUFICIENTE

A equipe técnica verificou que para a composição de preços do item 2 (oxigênio gasoso medicinal, envazado em cilindros com capacidade para 6 a 10m^3) foram utilizadas três fontes: compras governamentais (R$ 54,50), valor registrado em ata do próprio município (R$ 19,50), e orçamento de fornecedor (R$ 30,00), resultando na média unitária estimada de R$ 34,67 (peça 12, fl. 115). Diante disso, a divisão pontuou que:

> (...) a grande variação de preços das fontes de consulta utilizadas da ordem de 179% (cento e setenta e nove por cento), o que indica que os preços aproveitados não passaram pela análise crítica, com o objetivo de descartar os valores discrepantes, eventualmente tendentes a distorcer a média apurada. (peça 12, fl. 115)

Além disso, em consulta a processos de contratações recentes, os auditores da DFS apuraram que o valor estimado para o item 2 encontra-se superior ao preço de mercado.

Vejo que assiste razão à divisão neste ponto. A pesquisa de preços, do modo que foi apresentada pelo jurisdicionado, foi insuficiente, podendo ocasionar

contratação com valores discrepantes aos de mercado. Diante da grande variação de preços, o jurisdicionado deve ser diligente em ampliar a base de preços para o orçamento e promover análise estatística das cotações obtidas, de forma que o orçamento obtido reflita os valores de mercado. Na forma que realizada pelo jurisdicionado, a pesquisa de preços coloca **em risco** a obtenção da **proposta mais vantajosa** e o cumprimento do **princípio da economicidade**, ensejando a aplicação de medida cautelar para a suspensão do certame.

Examinados todos os itens da Análise ANA - DFS - 7727/2022 (peça 12, fls. 111-118), entendo que é iminente a possibilidade de dano de difícil reparação se concretizada a celebração de contrato decorrente do Pregão Eletrônico n. 49/2022. Isso porque a pesquisa de preços insuficiente oferece um risco evidente à **obtenção da proposta mais vantajosa** e ao **cumprimento do princípio da economicidade**. Verificada, portanto, a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, decido nos sentidos de **aplicar medida cautelar**, nos termos dos artigos 56, 57, incisos I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o art. 152, inciso I, do RITCE/MS, **determinando** que:

I – o Prefeito Municipal de Ivinhema, senhor Juliano Ferro Barros Donato, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do Pregão Eletrônico n. 49/2022, na fase em que se encontrar, abstendo-se, portanto, de homologar a licitação e formalizar a respectiva ata ou contrato, até ulterior manifestação deste Tribunal;

II – seja facultado ao responsável a tomada das correções necessárias com vistas ao restabelecimento da licitação, republicando-se o edital, com a consequente reabertura do prazo legal para a realização da sessão e apresentação das propostas;

III – a autoridade responsável seja intimada para, no prazo 5 (cinco) dias úteis:

1. comprovar o cumprimento imediato das determinações desta decisão;
2. manifestar-se sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* bem como encaminhar os eventuais documentos faltantes, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito;
3. encaminhar a republicação do edital ou, caso venha a anular definitivamente o Pregão Eletrônico n. 49/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal.

IV – a intimação seja feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 24 de outubro de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij